Per la Storia politica e dogmatica del § 87 del Codice civile dell'Impero germanico (BGB.)

di

Francesco Ruffini

I

Il § 87 del BGB. ha dietro di sè una duplice storia: una lunga storia politica delle più interessanti e una anche più vetusta storia dogmatica, essa pure molto istruttiva. Ma e dell'una e dell'altra non sembra — almeno per quanto io ho visto — essersi menomamente preoccupata la moderna dottrina germanica, così dei trattatisti e dei commentatori del codice[1], come dei monografisti della materia secondo il nuovissimo diritto imperiale[2].

La scienza giuridica germanica si è accontentata di asserire nella maniera più apodittica la facoltà dello Stato di modificare tutte quelle fondazioni, che più non possano o solo male oramai possano rispondere ai propri fini, quasi che si trattasse di una verità assiomatica, universalmente e incontrovertibilmente ammessa; e non mostra neppure di dubitare che nessun altro paese ha in più ricche e multiformi maniere, come la Germania, dato corpo a quel fecondo principio, che pochi altri paesi l'hanno essi pure almeno

---

[1]) Cfr., p. e., Cosack *Lehrbuch des Deutschen bürgerl. Rechts*, I, 2. ed., Jena 1899, § 36, p. 119; Crome *System des Deutschen bürgerl. Rechts*, I, Tüb. e Leipzig 1900, § 56, p. 269; Matthiass *Lehrbuch des Deutschen bürgerl. Rechts*, I, 4. ed., Berlin 1900, § 34 p. 137 sg.; ma specialmente, per la particolare competenza dell' autore in materia di fondazioni, Kohler *Lehrbuch des bürgerl. Rechts* I, Berlin 1904, § 188, p. 423 sg.

[2]) Cfr. specialmente, dato che si tratta di un canonista, Meurer, *Die juristischen Personen nach Deutschem Reichsrecht*, Stuttgart 1901, § 36, p. 322 sgg.

sommariamente accolto, che più assai ne sono o affatto o quasi del tutto privi, e che altri infine, come l'Italia, da anni parecchi lottano strenuamente per conseguirne una piena attuazione.

E sì che non mancava alla scienza germanica in questa direzione la poderosa mano indicatrice e autorevolmente ammonitrice. Poichè l'importanza capitale del momento della trasformazione delle persone giuridiche da parte della pubblica autorità non era punto sfuggita ad OTTO GIERKE. Chè anzi, con tutta ragione di lui a questo proposito ebbe a scrivere un giurista austriaco: „Auch in dieser Beziehung sind die Arbeiten GIERKES bahnbrechend"[1]. E sì, ancora, che l'indagare quei precedenti storici, tanto politici, quanto — e più specialmente — dogmatici, non poteva essere, siccome spero di far vedere, senza copiosi frutti per la pratica.

Ma si direbbe che alla scienza germanica sia successo come al ricco, che conosce assai meno il pregio dei suoi tesori che non il nullatenente che glieli invidia, o come a quei mariti, i quali aspettano che i sospiri di un qualche adoratore sfortunato rivelino loro tutte le bellezze e la virtù della propria legittima consorte. Mancando assolutamente nel Codice civile italiano un articolo corrispondente al paragrafo 87 del germanico, ed essendone per contro molto stringente nel nostro ordinamento giuridico la necessità, almeno a mio avviso, io mi trovo un po' nella condizione di quel nullatenente o di quell' adoratore.

Lo studio che qui mi sono proposto di fare, può pertanto mirare, pur nella sua brevità, a questi parecchi e svariati intenti:

1. Di omaggio tutto particolare all' Uomo insigne che qui noi festeggiamo. E ciò con l'illustrare un lato di quell' imponente edificio scientifico, che Egli ha eretto, a nostro giovamento e a sua gloria, con i ponderosi volumi sulle Persone giuridiche. I quali, nella mia modesta ma fermissima convinzione di ricercatore oramai antico di tale argomento, gli attribuiscono in questo campo una benemerenza, che non ha al presente quella che pure da lontano l'agguagli, e va al di sopra di quella medesima spettante al Savigny, e non ha addirittura nella storia del pensiero riscontro condegno se non nell' opera del genovese Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV)[2]. E

---

[1]) VON HERRNRITT *Das österreichische Stiftungsrecht, mit Berücksichtigung der ausländischen Gesetzgebung und mit Benützung amtlicher Quellen dargestellt,* Wien 1896, p. 193, n. 8.

[2]) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht,* III, Berlin 1881, p. 246; RUFFINI *La Classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Fed. Carlo di Savigny;* in „Scritti in onore del Prof. Schupfer" II, Torino 1898, pp. 313—393.

il suo insegnamento sarà illustrato qui massimamente nella forma, che più può riuscire accetta a uno spirito superiore e libero, e che solo può convenirsi a uno spirito, pur nella sua umiltà, ugualmente libero: integrandolo.

2. Pratico. E ciò con il fornire un succinto contributo alla spiegazione del Diritto civile germanico vigente, e al tempo medesimo a quella futura revisione del Codice civile italiano, che è omai nelle aspirazioni dei più, e già ebbe un principio di attuazione.

3. Teorico. E ciò con il dimostrare, che se la scienza germanica ha, per merito del GIERKE, posto in tutta luce uno degli aspetti del problema dottrinale e dato così agli studiosi d'ogni paese uno spunto efficace per ulteriori elaborazioni e applicazioni, spetta però alla scienza giuridica italiana di avere chiarito un altro aspetto del problema medesimo, che era sfuggito anche alla germanica: verso la quale potrà essa quindi invertire una volta tanto la sua odierna posizione di tributaria.

4. *Pro domo.* Poichè chi scrive è un canonista, e poichè, d'altra parte, i due insegnamenti, che furono, come dicemmo, intravvisti l'uno dagli studiosi tedeschi e l'altro dagli italiani, fanno però capo entrambi al diritto ecclesiastico, così questo studio varrà a dimostrare una volta di più la importanza, non solamente per rispetto alla storia, ma anche per rispetto alla dogmatica del diritto vigente, di una disciplina, la quale, se veggo bene, anche in Germania oggidì può non disdegnare una qualche discreta ma ben calzante apologia.

II

E cominciamo appunto con il diritto canonico, e con i suoi due insegnamenti.

Del primo ci possiamo sbrigare in poche parole.

È risaputo, invero, che il diritto della Chiesa elaborò fin da antico un completo sistema di norme relative alla mutazione e trasformazione di quelle persone giuridiche, che costituiscono una parte integrante della sua organizzazione amministrativa, e ne formano anzi il substrato essenziale, e cioè dei benefici. Questo complesso di norme formò grado a grado un vero corpo di dottrina. Ed ebbe un proprio titolo: *Innovatio beneficiorum.*

Sotto al quale titolo i canonisti, ed anche questo ogni trattato di diritto ecclesiastico lo insegna, non assunsero solamente, con sottile e sapiente casuistica, la traslazione, la unione e incorporazione,

la divisione e dismembrazione, la soppressione di tali enti, ma della innovazione considerarono attentamente una speciale forma ancora: la *Mutatio beneficii*, la quale comprende alla sua volta due sottospecie: la cosiddetta *Mutatio status*, e la cosiddetta *Mutatio vi erectionis*, chiamata anche *Alteratio* o *Conversio* o *Transformatio*[1].

La ragione di distinguere stava in ciò: come *mutatio status* si definiva quella innovazione, la quale non toccava se non qualche elemento non essenziale alla persistenza del beneficio, e che quindi non importava la estinzione dell'antico ente e la creazione di un nuovo da porsi in luogo dell'antico. Laddove come *mutatio vi erectionis* o *transformatio* si definiva quella innovazione, la quale importava invece la estinzione dell'antico ente e la sostituzione di un ente nuovo, e che per ciò appunto si diceva constare di due atti distinti, di una *suppressio beneficii* e di una susseguente *erectio beneficii*.

È intuitivo che gli Stati, data la loro politica ecclesiastica giurisdizionalistica, non poterono rimanere indifferenti di contro all'esercizio di questo diritto della Chiesa di mutare e trasformare gli enti ecclesiastici. L'azione degli Stati si esplicò in molteplici maniere: ora sostituendosi senz'altro alla Chiesa, della quale le leggi civili spesso non trovarono però di meglio, che accogliere e risanzionare le saggissime norme in materia di *innovatio beneficiorum*, come fece ad esempio la celebre Ordinanza di Blois del 1579 (artt. 22, 23), ora regolando la delicata materia di accordo con la Chiesa stessa, come si fece in quasi tutti i concordati, ora infine, come è di quasi tutte le legislazioni civili moderne, subordinando almeno le innovazioni alla previa autorizzazione dello Stato[2]. Ma di cotesta ripercussione politica delle *innovationes* non ci interessa di trattare qui partitamente.

A noi basta di rilevare che gli Stati non poterono o non seppero, qui, come invece altrove, sfruttare poi la conoscenza per tal modo acquistata della sistemazione data dalla Chiesa a questi rapporti, a vantaggio della loro amministrazione civile. Troppo meno saldamente costituita in passato la compagine statuale di contro alla ecclesiastica; troppo più profondamente disforme, da un altro canto, la natura degli enti compresi nello Stato, perchè a questo potesse venir fatto di foggiarseli a sua guisa e di adattarli

---

[1]) LEUREN *Forum beneficiale*, Colonia 1704, pars III, quaest. 964 sgg.; HINSCHIUS, *System des kathol. Kirchenrechts* II, Berlin 1878, §§ 104, 110, pp. 396, 455; AMBROSINI, *La trasformazione delle persone giuridiche*, Torino 1910, p. 104 sgg.

[2]) AMBROSINI Op. cit., p. 175 sgg.

alle sue superiori necessità. Nè del saldo corpo di dottrina, sviluppatosi al riguardo nel seno del diritto ecclesiastico, pare che siasi diffuso neppure un qualche frammentario e pallido riflesso in quello secolare.

Il che per altro non toglieva che in tale regime ecclesiastico e nella relativa dottrina fosse insito un fecondo insegnamento, suscettivo di larghe illazioni anche per i pubblicisti laici. E lo ha dimostrato appunto il GIERKE, allorchè primo nella letteratura giuridica tedesca, e forse nella mondiale, sottopose ad elaborazione scientifica l'argomento.

Dopo un primo e breve accenno fattovi nella sua opera fondamentale, nella Storia delle persone giuridiche, egli tornò sull' argomento e vi si soffermò più a lungo e di proposito nella Teoria delle Associazioni, ove per altro la parte relativa alla commutazione delle istituzioni e delle fondazioni non è considerata se non accessoriamente a quella della commutazione delle corporazioni e quasi di sfuggita. Riprendendo la materia nel Trattato del Diritto privato tedesco, egli finì con studiare appositamente e partitamente la trasformazione delle corporazioni, delle istituzioni e delle fondazioni [1].

Ora alla dottrina del diritto canonico della *innovatio beneficiorum* il GIERKE fa, sulla scorta della magistrale trattazione del HINSCHIUS, esplicito richiamo nella seconda delle sue grandi opere succitate [2]. Ma anche più importante è la circostanza che il suo insegnamento riproduce, nei suoi fondamenti, quello della Chiesa. Poichè al modo stesso che questa aveva imperniato il suo sistema della *mutatio beneficii* sulla distinzione fra la semplice *mutatio status* e la vera *transformatio*, a seconda che l'antico ente cessava, come tale, di esistere, oppure sopravviveva alla trasformazione, così il GIERKE ha ripreso egli pure a distinguere quella ch'ei chiama la *Veränderung*, o commutazione, in essenziale e non essenziale, a seconda che la trasformazione lasci intatta o non, e cioè, com'ei dice, affetti o non la personalità giuridica dell' ente trasformato; e l'una e l' altra sottodistingue poi in interna ed esterna [3].

---

[1]) GIERKE *Genossenschaftsrecht*, II, Berlin 1873, p. 968; *Die Genossenschaftstheorie*, Berlin 1887, pp. 809—829; *Deutsches Privatrecht*, I, Berlin 1895, p. 550 sgg. (corporazioni), p. 643 sgg. (istituzioni), p. 657 sgg. (fondazioni). Bisogna vedere di lui anche la magistrale lettera del 29 gennaio 1907, diretta al Prof. Saleilles, e tradotta in „Bulletin de la Société d'études législatives", VI, 1907, pp. 70—76, ove la trasformazione delle fondazioni è considerata sotto un nuovo punto di vista.

[2]) GIERKE *Genossenschaftstheorie*, p. 812, n. 3; 813, n. 1; 815, n. 2; 816, n. 1; e *passim*. [3]) GIERKE Op. cit., p. 809 sgg.

Nè questo suo concetto doveva arrestarsi lì. Assai poca, a dire la verità, ne fu la ripercussione in quella recente e scarsa letteratura germanica che del negozio giuridico della trasformazione si è occupata [1]. Ma dal GIERKE prende lo spunto l'austriaco VON HERRNRITT, il quale ci ha dato della fondazione il trattato più completo che si possegga, e sotto questo particolare rispetto anche il più elaborato. Distingue egli fra le varie specie di *Veränderungen* o *Abänderungen*, a cui una fondazione può essere sottoposta, a seconda che esse ne tocchino la costituzione, o la entità patrimoniale, o lo scopo: in questo ultimo caso specialmente, e del resto in ogni caso, in cui la stessa personalità o identità personale della fondazione sia compromessa, egli considera che intervenga una vera *Permutation* [2].

Ma un rilievo di gran momento è qui da fare. La teoria del GIERKE e dei suoi seguaci investe, come più sopra è stato detto, ogni maniera di enti, persone giuridiche di diritto pubblico e persone giuridiche di diritto privato. La dottrina canonistica della *innovatio beneficiorum* non comprende invece se non enti che fanno parte integrante dell' organizzazione amministrativa ecclesiastica, e cioè persone giuridiche che noi diremmo di diritto pubblico. Tutti gli altri enti, e cioè tutte le persone giuridiche di diritto privato, ne sono escluse.

La differenza è di capitale significazione.

III

Non si deve credere però che il sistema giuridico della Chiesa fosse monco e frammentario. Anch'essa invero provvedeva fin da antico alla trasformazione delle persone giuridiche di diritto privato, che in copia così esuberante da essa dipendevano, e cioè delle *Piae causae*. Ma essa lo faceva in base a un altro principio giuridico, diverso dalla *Innovatio*, e cioè in base al principio della *Commutatio ultimarum voluntatum*.

---

[1]) Primo, a quanto sembra, fra i monografisti, il KOHLER *Über das Recht der Stiftungen*, in „Archiv für bürgerl. Recht", III, 1889, p. 250 sgg.; primo, fra i pandettisti, il REGELSBERGER *Pandekten*, I, Leipzig 1893, p. 334 (corporazioni), p. 354 (istituzioni e fondazioni). Cfr. ora WINDSCHEID-KIPP *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 9. ed., Frankfurt a. M., 1906, § 61, p. 289, n. 5, p. 291.

[2]) VON HERRNRITT, Op. cit., § 46, p. 196 sgg. È notevole come questo autore, volendo rifarsi ai precedenti del diritto canonico, si sia arrestato al principio della diminuzione e riduzione delle messe (§ 45, p. 194, n. 12), e non sia riuscito a risalire fino al vero e al solo insegnamento che qui calzi, siccome vedremo, quello cioè della commutazione delle ultime volontà.

Tale principio, a dire il vero, non era proprio soltanto del diritto ecclesiastico, ma anche del secolare; costituiva, cioè, uno dei fondamenti del diritto comune.

Dogma fermissimo di quest'ultimo era che le disposizioni di ultima volontà potessero — sia pure soltanto in via di strettissima eccezione, per una giusta causa, in caso di necessità o di evidente utilità pubblica ed, alcuna volta, anche privata, — essere commutate.

Deducevasi, con argomento *e contrario*, tale potestà per riguardo al supremo Principe secolare e in rapporto alle disposizioni di ultima volontà che a lui più specialmente erano soggette, e cioè le profane, dalle parole del giureconsulto Valens Aburnius (fr. 4, Dig., 50, 8): „Legatam municipio pecuniam in aliam rem, quam defunctus voluit, convertere citra Principis auctoritatem non licet“ [1].

Deducevasi, pure con argomento *e contrario*, la medesima potestà per riguardo al Pontefice romano e in rapporto alle disposizioni di ultima volontà che a lui più specialmente erano soggette, e cioè quelle *ad pias causas*, dalle parole della decretale *Quia contingit* (*in Clem.*, III, 11, c. 2): „Quum .... ea, quae ad certum usum largitione sunt destinata fidelium, ad illum debeant, non ad alium (salva quidem Sedis apostolicae auctoritate) converti“.

La massima ricevette di poi una efficace sanzione diretta: quanto all'autorità civile, dalle leggi dei varii principi secolari, che prescrissero nei loro stati somiglianti commutazioni di ultima volontà[2]: e, quanto all'autorità ecclesiastica, dai decreti del Concilio di Trento (c. 6, Sess. XXII, *De reform.*), che delegò in certi casi e coi debiti temperamenti tale facoltà ai vescovi, pari, dicono i canonisti, ai principi secolari minori nell'ambito della vita della Chiesa.

Ma è nel campo del diritto ecclesiastico che il dogma ebbe la sua più larga applicazione e il principio la sua più profonda elaborazione scientifica. E si comprende, dato che le ultime volontà suscettive di trasformazione erano essenzialmente quelle *ad pias causas*, sottoposte un tempo alla esclusiva giurisdizione ecclesiastica.

Numerosissimi e svariatissimi sono i casi di commutazione di

---

[1]) Avvertiamo, che qui si attribuisce al passo il valore, che gli era assegnato dai dottori del diritto comune, prescindendo affatto dalla vera significazione, che esso od altri passi similari delle Fonti romane possano avere. Cfr. su ciò Ambrosini Op. cit., p. 1 sgg.

[2]) L'esempio più notevole è quello dell' ALR. (Diritto generale territoriale) prussiano, parte II, tit. VI, §§ 74, 193.

ultima volontà che ci presenta la giurisprudenza dei supremi corpi giudiziari ed amministrativi ecclesiastici. Ed è notevole che le commutazioni erano consentite non solamente da intenti di culto in altri intenti di culto, e da intenti di carità in altri intenti di carità, ma — per la connessione strettissima, e spirituale e giuridica, che un tempo correva fra la religione e la beneficenza — anche da intenti di carità a intenti di culto, e inversamente, da intenti di culto a intenti di carità [1].

L'elaborazione dottrinale comincia dai commentatori della Clementina *Quia contingit* [2], e prosegue coi trattatisti della materia delle *piae causae* [3], per giungere alla prima monografia, che è quella del canonista milanese Pietro Moneta, la quale rimase anche in seguito la più diffusa e veramente fondamentale [4]. La posteriore elaborazione monografica si riscontra però anche in questo campo, come del resto in tanti altri, nelle dissertazioni tedesche del secolo XVIII, e comprende anche scritti di civilisti di grande grido, come Samuele Stryck [5].

Per tornare al diritto ecclesiastico, un'osservazione è qui da fare. Non si deve credere che l'istituto della *mutatio beneficii* stesse in esso senza un collegamento di sorta con quello della *commutatio ultimarum voluntatum*. Li collegava: la comunanza dei presupposti, una qualche concordanza di struttura, e, più di tutto, la coincidenza e concorrenza in determinati casi.

Comune il presupposto, per cui e l'uno e l'altro provvedimento non potevano intervenire, se non in via eccezionale e nei due casi di *necessitas* o di *evidens utilitas*.

Concordante la struttura fino a un certo segno. Sapeva infatti l'antico dottore distinguere anche nelle commutazioni delle ultime

---

[1]) Cfr. RUFFINI *Le spese di culto delle Opere pie*, Torino 1908, § XXI, p. 109 sgg. Altri casi, oltre quelli ivi citati, in LINGEN e REUSS *Causae selectae in S. Congr. Card. Conc. Trid. interpretum propositae ab ao. 1828 usque ad ann. 1869*, Ratisbonae 1871, pp. 217—271, 317—327.

[2]) Vedili in AMBROSINI Op. cit., p. 18.

[3]) P. e.: LAPUS CASTELLIONEUS *Tractatus hospitalitatis*, in „Tr. univ. iuris", XIV, n. 65 sgg., fol. 166 sgg.

[4]) MONETA *Tractatus de commutationibus ultimarum voluntatum*, Lugduni 1627. Sono ben 1812 pagine di un grosso in-folio!

[5]) ECKEBRECHT HIER. *Diss. de potestate superiorum in mutandis ultimis voluntatibus*, Alt. 1719, 2. ed. 1741; ECKHER FRANC. J. G. *Comment. de principum in mutandis subditorum ultimis voluntatibus potestate*, Monach. 1759; STRYCK SAM. *Disp. de jure principis circa mortuorum iudicium*, nelle „Dissert. iur.", vol. VII, Francof. 1745, Disp. V, pp. 65—75.

volontà le *substantiales*, quelle cioè che toccavano la *substantia operis*, e le puramente *accidentales*, quelle cioè che ne toccavano solo una parte o una modalità (quantità, qualità, luogo, tempo, ecc.)[1].

Ma addirittura coincidenti i due istituti in un punto. Per gli enti di fondazione privata, rispetto ai quali fosse intervenuta da parte della Chiesa la *erectio in titulum*, e cioè la loro incorporazione nell' organismo amministrativo ecclesiastico, e massimamente per i beneficii di patronato laicale, ogni loro innovazione implicava, come è intuitivo, una commutazione di ultima volontà. Ma di contro a questa la Chiesa non poteva punto abdicare del tutto al suo diritto sovrano — poichè la erezione in titolo a quest'ultimo aveva aperto l'adito — di foggiare a sua posta un ente, che era parte integrante della sua organizzazione. Al concetto della commutazione delle ultime volontà si veniva così a giustapporre, e forse a sovrapporre, quello della potestà di innovazione della Chiesa, e la relativa teoria. Ed è invero sotto tale duplice punto di vista, che i canonisti considerano e trattano la trasformazione di tali enti[2].

Per tale modo l'insegnamento del diritto ecclesiastico si sviluppa per gradi, senza lacune e senza soluzioni di continuità, movendo dal dogma della *commutatio ultimarum voluntatum*, applicato a quei lasciti, in cui lo scopo del fondatore non importi se non un *modus* o un *onus* gravante sopra il legatario, e cioè a quelli che abbiano figura di semplici legati modali, e procedendo alla applicazione del medesimo dogma a quei lasciti che diano vita, come noi diremmo oggidì, a un legato autonomo, e cioè a una vera fondazione, per assurgere, attraverso al territorio comune della commutazione degli enti di fondazione privata, ma eretti in titolo ecclesiastico, fino alla vera *mutatio* o alla *transformatio beneficii*.

Ma, bisogna riconoscerlo, nessun canonista ha mai coordinato in una trattazione unitaria il duplice insegnamento. Anzi della *commutatio ultimarum voluntatum* si cercherebbe indarno un qualsiasi accenno nei trattatisti moderni del diritto ecclesiastico, che pure sono così diffusi, come dicemmo, circa la *innovatio beneficiorum*. E questa differenza di trattamento scientifico non fu anch'essa senza conseguenze.

IV

L'azione degli Stati non si restrinse per altro a prescrivere la commutazione delle ultime volontà profane, conformemente alla

---

[1]) MONETA Op. cit., cap. I, qu. 2, col. 7, n. 13.

[2]) MONETA Op. cit., cap. X, col. 1200 sgg.; cap. XI, col. 1444 sgg.; cap. XII, col. 1665 sgg.

tradizionale ripartizione della competenza in queste materie fra la suprema autorità civile e la ecclesiastica; sì bene si spinse fino ad avocare sotto la propria autorità anche la commutazione delle ultime volontà *ad pias causas*. Tale avocazione costituisce non solo un episodio della grande lotta intrapresa dagli Stati contro la manomorta ecclesiastica, ma è al tempo medesimo espressione molto significativa del sentimento, che sempre più si veniva diffondendo nella coscienza generale: non poter più gli Stati disinteressarsi di quanto aveva tratto alla pubblica beneficenza, rilasciandone completamente la cura alla Chiesa.

Ed ecco qui alcuni accenni, i quali, se non hanno assolutamente la pretesa di essere esaurienti, non sono per altro meno significativi e, ad ogni modo, meno sufficienti per i nostri fini.

Sommamente caratteristiche quanto all'Italia sono per esempio le disposizioni della Repubblica veneta, ove già una legge delli 22 dicembre 1480 ordina, che nessuno possa impetrar brevi nella Corte di Roma per mutare le ultime volontà de'testatori, sotto pena di ducati cento e di dieci anni di bando. Il disposto fu, con la mirabile continuità e coerenza proprie di quella legislazione, tenuto fermo e convalidato ancora da un decreto senatoriale di molto posteriore, delli 7 settembre 1754. Quali commutazioni si consideravano anche le semplici riduzioni di messe; e il divieto mirava così ad impedire che con esse si eludessero le proibizioni degli acquisti delle manimorte, come anche a togliere che la Curia romana malamente lucrasse indulgendo a non giustificate commutazioni, come infine a tutelare i diritti dei privati fondatori. Poichè „il Governo veneto considerando la celebrazione delle messe nei riguardi temporali come un contratto qualunque, vegliò alla sua esecuzione in relazione alla elemosina contribuita“[1]. Ancora nel 1797 il Governo provvisorio bresciano ribadiva questa tradizione della giurisprudenza veneta[2]. E meritano di essere riferite le parole con cui in alcune sue scritture fin qui inedite un Consultor canonista della Repubblica veneta, un ecclesiastico, Don Antonio di Montagnacco, dapprima propugnò e poscia difese il già ricordato decreto senatorio del 1754. Egli aveva posto come principio, che „la ragione di celebrar testamenti venendo dall'autorità del Prencipe,

---

[1]) Cecchetti *La repubblica di Venezia e la Corte di Roma*, Venezia 1874, I, pp. 94—101, pp. 369, 381 sgg.; Tassini *I Friulani (ignoti) „Consultori in iure“ della Repubblica di Venezia*, vol. I: *Don Antonio di Montagnacco*, Udine 1909, pp. 40, 118 sgg., p. 278 sg.

[2]) Ambrosini Op. cit., p. 94.

neppur col pretesto che si tratti la causa pia deve alcun'altra potestà mettervi mano senza licenza"[1]. E soggiungeva: „Nè vale la distinzione arbitraria, che taluno fa tra le disposizioni fatte in favor di causa pia, da quelle altre puramente civili, perocchè la ragion per cui è della competenza de'magistrati civili la cognizione delle cose appartenenti alle ultime volontà essendo comune alle disposizioni pie ed alle civili, non è perchè abbiano senza fondamento ad eccettuarsi piuttosto le une che le altre, e se si dicesse che le cose disposte in pie cause sono cose fatte di Dio, e che però ai suoi ministri tocca il dispor di esse, si risponderebbe, che le cose tutte sono di Dio, conforme a quel detto del Salmista: *Domini est terra, et plenitudo eius,* e che ministri di Dio per governarla sono così ben i Prencipi secolari che i prelati della Chiesa: ogni uno nella propria mansione, quelli cioè in quel che riguarda le cose terrestri, questi in quel che appartiene alle celestiali"[2].

Nel regno delle due Sicilie non meno energicamente fu prescritto che al Re, in modo esclusivo, si appartenesse di moderare o commutare le volontà anche pie dei fondatori. E neppure dopo il Concordato del 1818 la legislazione di quel regno smise ogni ingerenza dello Stato nella commutazione delle pie volontà[3]. Del resto anche in parecchi altri ex-Stati Italiani la commutazione delle *piae causae* fu con maggiore o minor vigore avocata allo Stato[4].

Nelle Fiandre fin dal 1409 lo Stato si era attribuito la sorveglianza sulle fondazioni pie, ma ciò all'intento specialmente di vigilare a che la volontà dei fondatori fosse osservata[5]. Però dopo i rimaneggiamenti profondi che le città, a cominciare da Ypres, fecero subire alla carità cittadina, concentrandone l'esercizio in organi municipali, la questione della facoltà dello Stato di commutare

---

[1]) Tassini Op. cit., p. 123. Il Montagnacco è l'autore del celebre *Ragionamento intorno ai beni temporali posseduti dalle chiese, dagli ecclesiastici e da quelli tutti che si dicono Manimorte,* Venezia 1766, che ha sollevata la più fiera polemica, che sia stata forse mai sul vitale argomento. Cfr. Tassini Op. cit., pp. 169—216.

[2]) Tassini Op. cit., p. 124.

[3]) Scaduto *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie dai Normanni ai giorni nostri (Sec. XI—XIX),* Palermo 1887, § 64, p. 646 sgg.; Ambrosini Op. cit., p. 96 sgg.

[4]) Scaduto *Stato e Chiesa sotto Leopoldo I di Toscana (1765—90),* Firenze 1885, p. 291; Satta *La conversione dei negozi giuridici,* Milano 1903, n. 107, p. 176 sgg.; Prato *La vita economica in Piemonte a mezzo del sec. XVIII,* Torino 1908, p. 366 sgg.; Ambrosini Op. cit., p. 91 sgg.

[5]) Müller S. J. *La querelle des fondations charitables en Belgique,* Bruxelles 1909, p. 15.

le pie volontà dei defunti anche colà si accese. Nel suo radicale programma di riordinamento scientifico della assistenza pubblica il dotto spagnuolo Vivès, non tenne gran conto degli atti di fondazione, e propugnò varie radicali trasformazioni di opere pie, sollevando, come è facile immaginarsi, le proteste di chi tale potestà voleva riservata alla Chiesa[1]. Ma l'esempio di Ypres e le dottrine del Vivès ebbero molto seguito. Così, quando nel 1562 Bruges emanò un regolamento per riordinare gli istituti di beneficenza, trovò anch'essa un caldo apologista nel giureconsulto cittadino Egidio Wytz[2]. Attaccato furiosamente dal religioso spagnuolo Lorenzo De Villa, ed essendo la questione stata deferita da Margherita di Navarra al giudizio dell'Università di Lovanio[3], il Wytz fu da essa appuntato massimamente di sostenere „per magistratum saecularem pias voluntates defunctorum in alios usus posse converti, et mensas pauperum singularum parochiarum in unum corpus posse conflari"[4].

Nel Mondo germanico trasformazioni di *piae causae* da parte della pubblica autorità dovettero accadere anche nei Paesi rimasti fedeli al cattolicismo[5]. Ma l'argomento vi diventò oggetto di vivacissimo dibattito polemico nella seconda metà del secolo XVIII, e ciò per le grandi riforme politico-ecclesiastiche di Giuseppe II, le quali consistettero appunto nella parte loro essenziale in larghe permutazioni di fondazioni ecclesiastiche[6], e per effetto delle idee febroniane. Il diritto del principe di commutare le ultime volontà[7], anche pie, e i limiti di tale potestà furono vivamente discussi anche da alcuni fra i più insigni professori del tempo, quali il cameralista Federico Guglielmo Tafinger[8] e il canonista Giorgio Ludovico

---

[1]) J. S. Vivès *De subventione pauperum, sive de humanis necessitatibus*, Bruges 1526; ed. Valenciennes 1783, Lib. II, cap. II, p. 469; Müller Op. cit., p. 31.

[2]) Wytz *De continendis et alendis domi pauperibus et in ordinem redigendis validis mendicantibus*, Anvers 1562.

[3]) Müller Op. cit., p. 37 sgg.

[4]) De Ram *Opinions des théologiens de Louvain sur la répression administrative de la mendicité*, in „Bulletin de l'Académie", 1855, 1. parte, p. 256.

[5]) Cfr. p. e.: Mitterwieser *Geschichte der Stiftungen und des Stiftungsrechts in Bayern*, München 1907, p. 65.

[6]) von Herrnritt Op. cit., § 24, p. 100 sgg.; § 45, p. 195 sgg.

[7]) Cfr. p. e.: Koppe C. W. *Diss. de iure principis circa immutanda emendandaque ea, quae in fundationibus ad pias causas specialiter a fundatoribus determinata sunt*, Helmstadt 1748, 2. ed. 1798.

[8]) Tafinger *Diss. de piarum causarum mutatione*, Tübingen 1767. Intorno a lui cfr. Landsberg *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, parte

Boehmer[1]. Il contrasto letterario toccò il suo punto culminante in Germania, allorchè il celebre minorita Filippo Hedderich (al secolo: Francesco Antonio), scolaro dell'Hontheim (Febronius) e uno dei più strenui e radicali propugnatori delle riforme di Giuseppe II, pubblicò quella sua dissertazione in difesa della facoltà del sovrano di commutare le cause pie[2], che il 10 luglio 1780 fu posta all'Indice[3]. Ancora negli ultimissimi anni di quel secolo le opinioni e le passioni non si erano colà pacificate intorno a questo punto delicato e grave[4].

V

A proposito di cotesta azione, oramai concorrente, e della Chiesa e dello Stato, cade qui in acconcio una osservazione.

Il fondamento giuridico che la Chiesa e lo Stato davano alle loro pretese è molto diverso.

La Chiesa, invero, ha asserito sempre che, trasformando le pie volontà dei defunti, essa non faceva che interpretarle; poichè non può considerarsi che faccia diverso da quello che essi avevano vo luto e avrebbero, se vivi, compiuto, chi faccia un *melius* o un *plus* di quanto essi avevano disposto. E neppure quando la trasformazione ordinata urtava a pieno contro la volontà espressa dal testatore, la Chiesa si trovò impacciata: poichè, argomentando dalla doverosa soggezione di ogni fedele alla suprema autorità del Papa, essa ritenne, che il fondatore avesse espressa la propria intenzione nel suo lascito, sotto la clausola tacita: „Si Pontifex aliter non dispo-

III, München e Leipzig 1898; vol. I (Text), p. 300; vol. II (Noten), p. 202 sg., e p. 227.

1) Boehmer *De iure mutandi ea, quae ad pias causas a fundatore determinata sunt, ad magistratum in casu necessitatis, non vero utilitatis, competente*, in „Auserl. Rff.", I, 50. Intorno a lui cfr. Landsberg Op. cit., I, p. 307 sgg.; II, p. 205 sg.; Schulte *Gesch. der Quellen und Lit. des canon. Rechts*, Stuttgart 1880, III, parte II, p. 135 sgg.

2) Hedderich *Diss. iuris ecclesiastici de potestate principis circa ultimas voluntates ad pias causas, earumque privilegia*, Bonn 1779. Intorno a lui cfr. Landsberg Op. cit., I, p. 374 sg.; II, p. 240 sg.; Schulte Op. cit., III, parte I, p. 267 sgg.

3) Reusch *Der Index der verbotenen Bücher. Ein Beitrag zur Kirchen- und Literaturgeschichte*, vol. II, Bonn 1885, p. 953 sgg.

4) Brunner *Über das Recht des Staates milde Stiftungen abzuändern*, Nürnberg 1799; Lo stesso *Versuch einer Beantwortung der Frage: handelt der Staat klug, wenn er sich seines Rechtes, milde Stiftungen abzuändern, bedient?* Nürnberg 1799. In risposta a lui: Overbeck *Darf bei milden Stiftungen von der Bestimmung des Testators abgegangen werden?* Lübeck 1799. Cfr. von Herrnritt Op. cit., p. 192, n. 2.

suerit“[1]. Dunque: o interpretazione o presunta acquiescenza. Con che, non è chi non lo vegga, la trasformazione è ricondotta, sia pure indirettamente, e, diciamolo senz'altro, un po'subdolamente, al principio di autorità.

Questo principio invece invocano schiettamente e, se si vuole, perfino brutalmente, le leggi civili e i giuristi dello Stato. La loro motivazione è di una semplicità sillogistica: la facoltà di testare proviene dallo Stato, è „un dono grazioso della civile sovrana potestà“, come dicono le leggi napoletane; lo Stato potrebbe quindi ritoglierlo; per più forte ragione allora esso può commutare a suo piacimento le ultime volontà. Già si è veduto quanto al proposito scriveva il Montagnacco. Caratteristico è, per la sua intonazione giacobina, l'esordio del già ricordato decreto del Governo provvisorio bresciano, del 18 Ottobre 1797: „Se il diritto di far testamento è stato accordato dalla civile potestà, non si può dubitare che la stessa possa in ogni tempo modificare e convertire in miglior uso quelle testamentari edisposizioni, le quali, avendo degenerato per falso principio o per superstizioso fanatismo, recano vero danno alla società“[2].

Però nelle motivazioni e negli esordi di alcune leggi toscane del periodo leopoldino, ed in altri testi italiani, ed, in Germania, presso lo Stryck, già fa capolino un terzo concetto. Dice questo giurista: „Licet Princeps non possit tollere vel mutare testantium legitimam voluntatem in usum privatum ordinatam, attamen cum Rerumpublicarum et piarum causarum praecipue illi commissa sit cura, nihil obstabit, quominus possit voluntatem vel legata ad pias causas vel in Reipublicae utilitatem facta, arbitrio suo ex causa commutare“[3].

Ma, se con ciò, e cioè con l'invocare il diritto di tutela ed anzi di governo spettante al sovrano sulle pie cause, ci si accosta di già al moderno fondamento delle trasformazioni delle persone giuridiche, sta per altro che anche qui si considera pur sempre la potestà del principe unicamente in rapporto agli atti di ultima volontà.

Poichè questo, appunto, è massimamente da considerare, che il dogma del diritto comune non si riferisce già alla materia delle persone giuridiche, sì bene a quella degli atti di ultima volontà. Esso quindi si affisa unicamente nel negozio giuridico della fonda-

---

[1]) Ambrosini Op. cit., p. 47. [2]) Ambrosini Op. cit., p. 94.
[3]) Stryck Op. cit., cap. II, § 7.

zione al momento iniziale e non al momento terminale di esso; dà rilievo unicamente all'elemento della manifestazione della volontà, e non a quello del risultato di tale manifestazione; considera unicamente l'aspetto tutto quanto privatistico dell'istituto, e cioè l'atto d'ultima volontà, e trascura quello prevalentemente pubblicistico della personalità giuridica, che è di immediata derivazione statuale. Poichè non deve dimenticarsi quello, che le mille volte è stato osservato, e cioè che la fondazione ha le sue radici nel campo dei diritti prettamente individuali e le sue ramificazioni in quello degli interessi sociali.

Ma questa particolare concezione dell'antica giurisprudenza fa capo, non già a un restringimento del campo di applicazione pratica del principio della commutazione, sibbene ad una sua quasi illimitata estensione. Poichè, pur non preoccupandosi, siccome già si è detto, se l'atto d'ultima volontà, del quale si intraprendeva la commutazione, avesse dato vita ad un semplice legato *sub modo* o *cum onere*, oppure a una vera fondazione autonoma, siccome si direbbe oggidì, i giureconsulti antichi e le antiche leggi comprendevano, di fatto e cioè nella pratica giuridica, e le une e le altre sotto la disciplina del loro dogma; e quindi, per venire all'essenziale, trasformavano indifferentemente tanto dei semplici legati modali quanto delle vere fondazioni.

Ma, torniamo a dire, nell'un caso e nell'altro il loro punto d'appoggio è pur sempre questo solo: l'atto di ultima volontà.

VI

La radice di una tale concezione è a fiore di terra. Essa sta nella nota inettitudine dell'antico diritto a concepire la fondazione nel quadro delle persone giuridiche.

Intendiamoci bene. Altra cosa è il regime pratico delle persone giuridiche; altra la loro concezione e il loro trattamento dottrinale.

Che nella vita pratica quelle, che noi chiamiamo fondazioni in contrapposto alle corporazioni, vivessero veramente sotto una disciplina giuridica assai diversa da quella, a cui erano soggette le corporazioni, è cosa che non si può assolutamente negare. E noi potremmo farcene persuasi semplicemente nel vedere, che quegli stessi scrittori moderni francesi, i quali, essendosi fatti i paladini dell'odierna concezione manchevole del loro diritto in fatto di fondazioni, hanno voluto sostenere che queste fossero assolutamente straniere a tutto l'antico diritto, di ogni tempo e di ogni paese, furono però costretti ad ammettere che esse di fatto e in via di

eccezione si riscontrano nella pratica dell'antico regime[1]. E non parliamo neppure di quegli autori, pure francesi, secondo cui la fondazione avrebbe in tale antico regime addirittura dominato, sia pure con un aspetto diverso dalla presente *Stiftung* germanica[2]. Crediamo pertanto, che con ragione si sia temperata l'opinione del GIERKE, il quale, come è noto, fa datare l'origine delle fondazioni dalla Riforma, nel senso che vere fondazioni esistessero anche prima della Riforma ed anche fuori di Germania, per esempio in Francia[3]. La stessa dimostrazione potrebbe darsi, non ne dubitiamo, per qualunque altro paese.

Basta considerare il regime beneficiario. Anche quando ogni traccia di elemento collegiale scomparve dall'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica, anche quando ogni rimasuglio delle grette o aberranti od esagerate o trascendentali concezioni primitive, con cui si era foggiata la soggettività patrimoniale ecclesiastica, si venne dissolvendo, il beneficio continuò imperterrito ad essere soggetto di diritti, a possedere ed acquistare, a stare in giudizio e a vivere insomma della vita di una vera fondazione.

Ma a cotesti prodotti fermissimi della vita pratica la teoria non sapeva dare adeguata veste.

Non già che anche nella dottrina l'idea della fondazione non siasi a un dato momento accesa e non abbia brillato della più nitida luce. Ma poco dopo si spense.

Ricordiamo. Con profonda e genialissima concezione Sinibaldo dei Fieschi, enunciando recisamente la personalità giuridica delle prebende canonicali, e cioè di una istituzione la cui soggettività patrimoniale non poteva riferirsi a nessun substrato corporativo, creò per il primo la possibilità di arricchire l'antico quadro teorico delle persone giuridiche di una figura nuova: la fondazione[4]. Poichè

---

[1]) Così GEOUFFRE DE LAPRADELLE *Théorie et pratique des fondations perpetuelles*, Paris 1895, p. 47 sgg.

[2]) SALMON *La fondation et l'Edit d'août 1749*, Paris 1906, p. 87, p. 100 sgg., p. 109 sgg. Singolare lavoro, questo, pieno di una folla di dati preziosi, ma irrimediabilmente viziato da questo difetto: di aver intrapresa una storia delle persone giuridiche senza conoscere i lavori del GIERKE!

[3]) SALEILLES *De la personne juridique. Histoire et théories*, Paris 1910, p. 228.

[4]) GIERKE *Genossenschaftsrecht*, III, p. 273; qualche aggiunta e rettifica in: RUFFINI *La rappresentanza giuridica delle parrocchie*, Torino 1896, § 8, p. 50 sgg.; *La classificazione* ecc., p. 325 sg. Il problema giuridico era questo: in nome di chi una prebenda canonicale avrebbe potuto agire contro un'altra prebenda dello stesso capitolo. Non in nome della chiesa cattedrale, come se si fosse trattato di stare in giudizio contro un estraneo, da poi che entrambe le pre-

non è chi non vegga la fecondità del concetto per tal modo posto e la sua attitudine a investire infiniti altri rapporti giuridici similari. Se non che la sua dottrina non soltanto non fu estesa a più larghe applicazioni, ma, dopo un non lungo periodo di quasi meccanica ripetizione, andò perduta, con il precipitare della nostra cultura giuridica, in quel medesimo campo per cui egli l'aveva immaginata, e cioè nella materia beneficiaria. Così fu che, rinserrata di bel nuovo tutta la teoria della personalità giuridica nella sola cerchia delle corporazioni, invalse l'uso di considerare quei rapporti, che a tale coercizione non si potevano a nessun patto piegare, sotto aspetti affatto differenti da quello della personalità giuridica.

E il beneficio fu definito, come è notissimo: *ius percipiendi fructus ex bonis Ecclesiae*, e cioè non vi si vide più se non un diritto subbiettivo pubblico e di carattere patrimoniale dell'ufficiale ecclesiastico. E in tutte le altre innumeri fondazioni pie a scopi di religione e di carità, nelle così dette pie cause, non si diede più rilievo se non all'atto della creazione, al lascito con cui ne viene ordinata la istituzione, perdendo affatto di vista il risultato di quell'atto, e cioè lo istituto medesimo, quale ente autonomo. Significativa in sommo grado sotto tale riguardo è la definizione, che della causa pia dà il principale trattatista della materia: „Causa pia est, *quando* aliquid conceditur intuitu Dei ad cultum divinum, vel alia opera misericordiae, ob animae bonum“ [1].

Fu un vero e lungo periodo di stagnazione, anzi di involuzione, di più ancora, di mostruoso regresso, quello per cui passò la dottrina delle persone giuridiche per tutto l'Evo moderno! Basterà consultare per tutti, il primo e più autorevole trattato speciale, che su questo argomento siasi scritto, quello cioè, che nel 1601 fu

---

bende appartenevano ad essa, ed avrebbero quindi le due parti agito in nome della stessa persona. Risponde Innocenzo IV: agisca ciascuno in nome della sua prebenda, poichè „haec praebenda potest habere iura sua et possidere, sicut episcopatus, abbatia, hospitale vel quaecumque alia domus vel dignitas vel administratio“ (*Apparatus in quinque lib. decret.*, al c. 3, *De probationibus*, X, 2, 19, nn. 1—3, ed. Ven. 1570, fol. 150 *verso*). Al passo succitato Baldo fa questa aggiunta rilevantissima: „quia vice personae funguntur, sicut et collegium“ (*Commentarius super tribus prior. lib. decret.*, allo stesso luogo, n. 3, nn. 12—13, ed. Ven. 1586, fol. 201 *verso*).

[1]) A Mostazo *De causis piis*, lib. I, cap. I, n. 6, ed. Ven. 1735, p. 1. Calzanti osservazioni al riguardo in Cugia *Il termine „Piae causae“*, negli „Scritti in onore del Prof. Fadda“, vol. V, Napoli 1906, p. 256 sgg. Contro di lui Saleilles *Les Piae Causae dans le droit de Justinien*, in „Mélanges Gérardin“, Paris 1907, p. 513 sgg.

pubblicato dal senatore torinese Nicolaus Losaeus, e che ebbe in tutto il secolo grande divulgazione anche in Germania e l'onore ivi e da noi di più edizioni. In esso si ha un brusco ritorno alla grossolana dottrina dei Glossatori, e la sola figura della corporazione sembra stare innanzi alla mente dello scrittore[1].

Nessun paese si salvò da cotesta ecatombe intellettuale; non le stesse due nazioni egemoniche nel campo della giurisprudenza, non cioè la Francia, la quale non ne è saputa ancora del tutto risorgere, non la stessa Germania, che prima alla fine ne balzò fuori ed aiutò gli altri paesi ad uscirne.

VII

In Francia l'Editto del mese di Agosto 1749 portò un primo colpo alle fondazioni. Esso fu opera del cancelliere d'Aguesseau, che vi mandò innanzi un notevole preambolo, ove la questione è considerata essenzialmente dal punto di vista del giurista, ed ove è già una prima requisitoria contro di quelle. L'Editto proibiva qualsiasi atto di ultima volontà, diretto a creare un nuovo stabilimento, sotto pena di nullità. La creazione di un simile stabilimento per atto tra vivi era sottoposto alla preventiva autorizzazione reale. Quando invece di creare uno stabilimento nuovo, di dar vita, diremmo noi, a una fondazione autonoma, si trattasse solo di legare o donare a uno stabilimento già costituito, sotto la forma quindi di semplice legato o donazione *sub modo* o *cum onere*, nessuna proibizione era per contro opposta, e non si richiedeva neppure la sovrana autorizzazione[2].

Con ciò era gettata la base di quella distinzione tra fondazione-vera persona giuridica e fondazione-semplice legato modale, e di quella conseguente condanna della prima forma a tutto vantaggio della seconda, dalle cui pastoie e dal cui incubo, già l'accennammo, il diritto e la scienza francesi non si sono ancora saputi liberare oggidì.

Sopravvenne il famoso articolo del Turgot nella Enciclopedia, sotto la voce Fondazione, ove l'istituto è considerato essenzialmente dal punto di vista economico, e che è tutto quanto una carica a

---

[1]) Losaeus *Tractatus de iure universitatum*, Ven. 1601. Cfr. su lui Gierke *Genossenschaftsrecht*, III, p. 682 sg.; Ruffini *La classificazione*, p. 329 sg.; Ferrara *Le persone giuridiche*, I, Napoli 1907, p. 93 sg.

[2]) Seguo la interpretazione tradizionale, ancora propugnata da ultimo dal Saleilles *La personnalité*, p. 243 sgg. Una interpretazione molto personale è stata data all'editto dal Salmon Op. cit., p. 15 sgg.

fondo contro di esso. Uno dei lati, a cui il Turgot avventa di preferenza le sue freccie, è il carattere di perpetuità della fondazione: perpetuità non solamente di esistenza, ma perpetuità nei modi e nei termini di tale esistenza, e cioè quella inettitudine delle fondazioni ad adattarsi ai tempi mutati, che discende dalla tirannia della volontà dei defunti. Forse è un po'spinto quello che dice nel suo, del resto così acuto, studio su tale soggetto il Saleilles: „L'oeuvre, après avoir été prospère, entre dans une période de décadence inévitable. Il faudrait lui redonner une vie nouvelle, la transformer et peut-être la changer du tout au tout. Mais qui donc a qualité pour de pareilles initiatives? A l'époque de Turgot personne“ [1]. No, all'epoca del Turgot l'avrebbero potuto e la Chiesa e lo Stato, in forza del diritto comune, vigente anche nella Monarchia francese [2]. E il Turgot ben lo sapeva allorchè scriveva: „Aucun doute sur le droit incontestable qu'ont le gouvernement dans l'ordre civil, le gouvernement et l'Eglise dans l'ordre de la religion, de disposer des fondations anciennes, d'en diriger les fonds à de nouveaux objets“ [3]. Il vero è unicamente, che del loro potere di trasformazione Chiesa e Stato non fecero uso, o fecero un malo uso, lasciandone l'iniziativa e la cura a chi aveva tutto l'interesse a volgere le fondazioni al proprio vantaggio anzichè a quello di coloro, che i fondatori avevano voluto beneficare, cosicchè, come dice il Turgot, con un esempio, che per certi istituti e per certi paesi potrebbe essere ancora di tutta attualità: „Si les revenus d'un hôpital souffrent de diminution, on supprimera les lits des malades, et l'on se contentera de pourvoir à l'entretien des chapelains“.

Il concetto, che una ragionata e ben regolata facoltà di trasformazione può essere per la fondazione il più valido scudo contro tutte le ostilità, che l'istituto sempre eccitò, e quindi la più salda garanzia di vitalità, non si affacciò mai così netto e stringente come in questa celebre tirata, e ne forma quindi per noi il succo essenziale.

E ciò massimamente quando si consideri l'opera di poi sopravvenuta della Rivoluzione, la quale, se si può spiegare benissimo

---

[1]) SALEILLES *La personnalité*, p. 261.

[2]) Tant' è vero che il primo intervento del potere civile nelle fondazioni pie sarebbe stato provocato in Francia dal ricorso che i privati fecero allo Stato onde li tutelasse contro gli arbitrari rimaneggiamenti e mutamenti che in quelle faceva la Chiesa; cfr. GEOUFFRE DE LAPRADELLE Op. cit., p. 58 sgg.

[3]) Questo rilevò di già il MICHOUD *La théorie de la personnalité morale et son application au Droit français*, I, Paris 1906, p. 190, n. 1.

quanto alle fondazioni ecclesiastiche con lo spirito anticattolico e anzi anticristiano di quei legislatori, non può invece quanto a tutte le altre fondazioni chiarirsi a pieno, se non con la persistenza appunto di quei mali e di quei difetti, che il D'Aguesseau, come giurista, e il Turgot, come economista, avevano segnalati, e a cui non si era posto rimedio con tempestive e coraggiose trasformazioni. Tutte infatti le fondazioni dell'Antico regime la Rivoluzione soppresse (leggi 23 Ottobre e 5 Novembre 1790, 18 agosto 1792, 19 marzo 1793)[1]. Solamente poche e tenui fondazioni scolastiche si salvarono dalla generale ecatombe.

Nessuna meraviglia, dopo ciò, che il Codice Napoleone abbia taciuto affatto delle fondazioni. E naturalissimo, del pari, che assolutamente muto esso sia rimasto intorno alla eventuale facoltà dello Stato di commutare le ultime volontà.

Per tal modo l'antico fermissimo dogma del diritto comune, il dogma della *Commutatio ultimarum voluntatum*, veniva colato a picco dalla nave vittoriosa della Codificazione. Evento ben deplorabile per il diritto delle nazioni latine!

Ma la realtà storica e la necessità della vita sociale furono più forti di ogni prevenzione giacobina e di ogni trascuranza scientifica. Le fondazioni presero a risorgere in Francia fin dai primi anni del secolo XIX, e cioè a cominciare dallo stesso Concordato del 1801, per finire con la Legge di separazione del 1905, sotto la forma più svariata di fondazioni ecclesiastiche, caritative, scolastiche ecc[2].

Ma il dogma della commutazione non è risorto invece più!

Ora ecco che, allorquando la fondazioni presero a ripullulare, esse costituirono davvero per la giurisprudenza francese *un fait nouveau*, per il quale il Codice non aveva scritta nessuna esplicita e specifica disciplina. Di qui il problema teorico-pratico, che grava sulla giurisprudenza francese da più di un secolo.

Da una parte sta una dottrina, ancora recentissima ed autorevolissima, la quale, fedele alla tradizione dell'Editto del 1749, forte del silenzio del Codice, stretta al tassativo e restrittivo disposto degli articoli 900 e 957 di esso, non ammette se non la fondazione nella forma di legato *sub modo* o *cum onere* ad una persona giuridica preesistente[3], considerando l'altra forma di fondazione quale un pro-

---

[1]) Geouffre de Lapradelle Op. cit., p. 85.

[2]) Coquet *Les fondations privées d'après la jurisprudence française*, Paris 1908, p. 41.

[3]) Campione di questa concezione il Geouffre de Lapradelle nella sua, del resto fondamentale, opera succitata. Cfr. inoltre: Truchy *Des fondations*,

dotto straniero, quale *le type allemand*[1]. E dall'altra parte si trovano alleate contro la tradizione tirannica e annichilatrice la giurisprudenza giudiziaria ed amministrativa, che ha rotto da tempo un tale impaccio, e va ingegnandosi di dar vita alla vera fondazione, ammettendo anche la sua diretta costituzione per testamento[2], e una dottrina, la quale si è fatta non solo l'alleata di tale giurisprudenza, ma è andata più in là. Poichè la giurisprudenza non può non essere „sujette encore aux tâtonnements et aux retours imprévus", essa si è fatta propugnatrice di una legge che la consacri, visto che questa, come dice il SALEILLES, „c'est peut-être la plus grosse lacune de notre droit privé"[3]. È parso persino a qualcuno che dagli elogi eccessivi della concezione francese si sia passati un po' bruscamente a una critica troppo acerba, per quanto questo qualcheduno non possa poi non riconoscere la necessità per il diritto francese di unirsi omai alla corrente mondiale in argomento di fondazione, onde agevolare i rapporti internazionali[4]. La legge preconizzata ebbe anzi di già un principio di attuazione per merito della Società di studi legislativi, la quale sulla traccia di un primo rapporto del SALEILLES[5], e di un suo questionario, e di un suo rapporto definitivo, accompagnato da un progetto di legge sulla fondazione, ha dedicato alla grave questione una serie di dibattiti molto notevoli ed istruttivi[6].

Chiamato in causa dal SALEILLES, il GIERKE è intervenuto nel dibattito con la magistrale lettera informativa, che abbiamo già menzionato. Nella quale, scorgendo con occhio d'aquila il vero nodo della questione, ha mostrato che la Francia non potrà ripromettersi di disarmare le secolari prevenzioni politiche, economiche, giuridiche contro l'istituto delle fondazioni, se non ponendo accanto ad esso

---

Paris 1888, p. 154 sgg.; FÉNELON *Les fondations*, Paris 1902, p. 111 sgg. Notevole che nelle discussioni promosse dalla Società di studî legislativi, per i mantenimento del sistema tradizionale si dichiarò risolutamente l'Esmein („Bulletin" cit., VI, 1907, p. 236).

[1]) Così PLANIOL *Traité élémentaire de droit civil*, Vol. I, 5. ed., Paris 1908, n. 3030, p. 995.

[2]) COQUET Op. cit., p. 71 sgg.

[3]) SALEILLES *La personnalité*, p. 33.

[4]) TRONQUOY *De la notion juridique internationale de la fondation*, Paris 1908, p. 25, p. 123 sgg.

[5]) La propaganda del Saleilles, fatta massimamente nella scuola, ebbe anche un seguito nella letteratura; cfr., p. e., CHEVALLIER *La fondation. Son rôle social*, Paris 1907, p. 3.

[6]) „Bulletin" cit., V, 1906, p. 467; VI, 1907, pp. 66, 77, 234, 237, 319, 449, 637, 639; VII, 1908, pp. 188, 195, 199, 201, 357.

un energico correttivo di tutti i danni già verificatisi e tuttora minaccianti: vale a dire un esplicito potere superiore di trasformarle[1]. A ciò facendo eco il SALEILLES si è sforzato nella sua propaganda instancabile per la ricostituzione delle fondazioni private, di far breccia nella opposizione, fondata principalmente sulla impossibilità in che le fondazioni si trovano di rinnovellarsi e di adattarsi ai tempi, come le associazioni, con l'invocare anche lui un integrazione di tale deficienza da parte dello Stato[2]. E a questo concetto s'inspirò appunto il progetto di legge elaborato dalla Società ricordata più sopra, il quale sancisce una larga facoltà di commutazione delle fondazioni nel suo art. 16[3].

Del resto la meglio informata e più autorevole dottrina francese ha dato di recente adeguata ospitalità al principio della trasformazione[4].

---

[1]) „Bulletin" cit., VI, 1907, p. 75.

[2]) SALEILLES *La personnalité*, p. 26, e in „Bulletin", V, p. 484; VII, p. 375. — Questo autore ha con opportunità ed abilità grandi invocato l'esempio dell'Inghilterra. Colà, invero, prima ancora che in Francia, una fiera reazione si era prodotta contro gli abusi delle fondazioni, provocando il celebre *Mortmain Act* del 1736, al quale, sembra, l'editto francese del 1749 siasi inspirato (SALEILLES Op. cit., pp. 258, 266 sgg.). Anche l'atto inglese proibiva qualunque lascito, se di immobili, per atto di ultima volontà all'intento di creare una fondazione. E tale divieto non fu tolto che con il *Mortmain and charitables uses Act* del 1891. Del resto, anche l'Inghilterra aveva avuto, trent'anni prima del Turgot, la sua requisitoria contro le fondazioni per opera dell'umorista Swift, che le aveva messe fieramente in burletta nel suo *Voyage to Lupata.* Eppure, come rileva il Saleilles, tutto ciò non impedì il prodursi successivo di una vera fioritura di fondazioni in Inghilterra, massime nel secolo XIX. Perchè? Non solamente perchè l'atto inglese non proibiva, a differenza del francese, la creazione di nuove fondazioni mediante assegno di immobili; non solamente, inoltre, per la impossibilità tecnica di innestare nella figura tutta inglese del *trust* la distinzione capitale del diritto francese fra vera fondazione e semplice legato modale; ma ancora, come lo stesso autore accenna, forse però un po' troppo di passata (p. 272), per l'abilità dimostrata dagli Inglesi nel conciliare il rispetto alla volontà dei defunti con le esigenze dei tempi nuovi. E ciò grazie alla così detta dottrina del *Cy-près* (ESCARRA *Les fondations en Angleterre*, Paris 1907, p. 205 sgg.), mercè cui le supreme Corti di quel paese compiono da gran tempo una provvidenziale e ardita opera riformatrice e trasformatrice delle fondazioni inutili o dannose.

[3]) „Bulletin", VII, p. 421, e ivi a p. 199 sg. la discussione intervenuta al riguardo.

[4]) MICHOUD Op. cit., II, Paris 1909, p. 402 sgg., p. 432 sgg.

VIII

In Germania si ebbe, a proposito di fondazioni, uno svolgimento giuridico perfettamente inverso a quello della Francia.

Pur consentendo nella osservazione che le fondazioni non vi siano sorte di punto in bianco con la Riforma, siccome abbiamo detto sopra, tuttavia è sicuro che la Riforma ne favorì il moltiplicarsi, come il GIERKE appunto ha messo in gran rilievo; sia perchè il carattere delle fondazioni, quando non si trattasse di scopi esclusivamente ecclesiastici e religiosi, vi fu completamente trasformato e secolarizzato; sia perchè, disciolte il più delle congregazioni religiose a cui quelle fondazioni erano affidate e che fornivano loro con la propria personalità corporativa il substrato giuridico, esse dovettero assumere per forza carattere autonomo. E così esse furono assoggettate allo Stato, e la legislazione intervenne in tale materia con risolutezza.

Ma tutto ciò non bastò ancora, perchè almeno in Germania si uscisse dalla equivoca concezione teorica ormai tradizionale, e che la fondazione non si camuffasse pur sempre, secondo la energica frase del GIERKE, come una varietà più o meno bastarda dell'unica figura di persona giuridica dominante, la corporazione, o *l'universitas*[1].

E ciò è tanto vero, che fu solamente nel 1807, per merito del HEISE, come è notissimo, che si ebbe una formulazione esplicita e specifica dell'istituto della fondazione. Le differenti specie di persone giuridiche, egli dice, non furono mai indicate in modo completo. Per persona giuridica si intende tutto ciò, che all'infuori dell'uomo singolo, è riconosciuto nello Stato come soggetto di diritti. Ma questo qualche cosa deve avere un substrato, che costituisca o che manifesti la persona giuridica. E tale substrato, secondo il HEISE, può essere formato: — 1. da Uomini, e cioè: a) da un individuo per volta *pro tempore* (uffici pubblici), o b) da una unione di individui simultanea *(universitas)*; — 2. da Cose, e cioè: a) da fondi *(fundus dominans* nelle servitù*)*, b) da tutto il patrimonio di una persona *(fiscus*, *hereditas)*, c) da una massa di beni, destinata ad uno scopo di utilità comune, e posta sotto una particolare amministrazione *(venerabilis domus*, *legata pro redemptione capt.*, fondi per vedove, assegni*)*[2].

---

1) GIERKE *Lettera* cit., „Bulletin", VI, 1907, p. 71.

2) HEISE *Grundriß eines Systems des gem. Civilrechtes*, § 98, 1. ed. Heidelberg 1807.

La concezione del Heise incontrò una opposizione tanto più vivace, in quanto appunto in quell'epoca in Germania, di contro alla dottrina romano-canonica dell'*universitas*, veniva acquistando sempre maggior favore quella germanica della associazione o della *Genossenschaft*. La forza e la persistenza di tale opposizione si può misurare, non solamente dalla refrattarietà di alcuni giuristi celebri ad accogliere il nuovo concetto, ma, ad esempio, dal dubbio che ancora nel 1835 veniva formulato in questa maniera: „Num piae causae pro personis moralibus habendae, an (veluti res inanimae) in dominio civitatis, ecclesiae, universitatum urbanarum aliarumque constitutae sint?" [1].

Un caso giurisprudenziale celebre, e l'autorità di un anche più celebre giurista, il Savigny, il quale accedette alla concezione del Heise e la perfezionò, dovevano decidere della vittoria.

Il Signor Städel aveva destinato il suo patrimonio a che nella città natale, Francoforte sul Meno, fosse eretto un museo, ed aveva istituito erede il museo medesimo. Tre questioni: la necessità o non della autorizzazione dello Stato, la possibilità di istituire una persona inesistente, infine, l'assunzione di un istituto artistico fra le tradizionali pie cause, furono oggetto dal 1827 in poi di vivace e diffuso dibattito teorico e pratico. Ma, senza fermarci più su di esso, il fatto che il museo Städel sia riuscito a sorgere e tuttavia prosperi, fece entrare trionfalmente nella vita giuridica germanica la figura della fondazione [2].

La quale vi pose poi così salde radici, che nulla valse più a scuoterla. È di tale saldezza indice, tra molti altri che si potrebbero addurre, un fatto. Nell'aspro contrasto polemico, che nel Granducato del Baden si ebbe, mentre vi si stava preparando quella, che fu poi la legge sulle fondazioni del 7 maggio 1870, intorno al punto: se le fondazioni pie avessero, o non, a ritenersi nel dominio della Chiesa, nemmeno dagli scrittori cattolici si tentò più di negare il loro carattere di persona morale; mentre pure il farlo, e cioè il ridurre le fondazioni al concetto di una semplice massa di beni

---

[1]) Gerstaecker *Rerum quotidianarum fasciculus*, Lipsiae 1835 sgg., Spec. IV, obs. 17.

[2]) Il caso Städel, che ha tutta una sua letteratura, fu, come osserva argutamente il Gamboni *La fondation. Etude théorique et pratique de droit civil comparé*, Lausanne 1907, p. 102 sgg., il primogenito di tutta un'altra serie di casi similari, ugualmente significativi e decisivi; tali, in Italia, i casi Roncalli, Tassi, Nascimbene; tale, in Francia, nel 1892, il caso dell'Accademia De Goncourt.

intestata ad una persona giuridica preesistente (e nel caso loro alla Chiesa), tanto avrebbe giovato alla loro tesi[1].

Non fa meraviglia, pertanto, che l'esempio dato allo spirare del secolo XVIII dal Diritto territoriale prussiano di occuparsi seriamente delle fondazioni, abbia avuto un ampio seguito nel diritto di vari Stati germanici durante il secolo XIX, e siasi per tal modo costituito un vero nucleo di principii legislativi su tale materia, che fa un netto contrasto al silenzio e alla manchevolezza delle altre legislazioni. Nucleo forte e vario. Poichè mentre alcuni Stati considerarono quella delle fondazioni materia degna di essere assunta addirittura nelle loro carte costituzionali, altri se ne occuparono nelle leggi organiche amministrative, ed altri ancora vi dedicarono delle leggi speciali.

Ad onta, per altro, di tanta varietà un principio emerge costante da tali testi legislativi: la facoltà dello Stato di trasformare le fondazioni inutili. Ciò stabiliscono la Costituzione bavarese del 26 maggio 1818, tit. IV, § 10, e quella Sassone del 4 Settembre 1831, tit. VI, § 60; l'Ordinanza per le comunità locali della Baviera del 29 Aprile 1869 § 67, la citata legge delle fondazioni del Baden nel § 10, e così via.

Anzi: la molteplicità e varietà dei testi al riguardo per poco non mise in pericolo la consacrazione del principio della trasformazione da parte del Codice civile dell'Impero. I primi progetti, difatti, ne tacevano, preoccupati dall'idea, che, implicando il pronunciare una tale trasformazione l'esercizio di un diritto maiestatico, fosse da rilasciarsi tale facoltà al dominio delle legislazioni particolari. Ma prevalsero nell'ultimo stadio della elaborazione legislativa, e cioè presso la Commissione del Reichstag, da una parte il pensiero che tali diritti maiestatici fossero sufficientemente salvaguardati dalla esclusione di tutte le persone giuridiche di diritto pubblico dalla disciplina del Codice (§ 89), e, da un'altra parte, il proposito di fornire con la generale disposizione del Codice una norma per quei paesi, in cui non se ne avesse ancora di sufficienti al riguardo[2].

E così fu scritto il § 87, il quale stabilisce, come è noto, che quando sia divenuto impossibile l'attuare lo scopo di una fondazione, o questa sia diventata nociva al pubblico interesse, l'autorità competente potrà trasformarla, procurando di attenersi il più possibile

[1]) Cfr. HEIMBERGER *Die konfessionell beschränkte Stiftung und ihre Verwaltung im Großherzogthum Baden*, nelle „Kirchenr. Abhandlungen" dello Stutz, fasc. 41, Stuttgart 1907, p. 27. [2]) MEURER Op. cit., § 34, p. 315 sgg.

alla intenzione del fondatore, e mantenendo pure il più possibile i beni a vantaggio di quelle medesime categorie di persone, a cui il fondatore li aveva destinati.

È da rilevare:

a) che, tra le persone giuridiche, le sole fondazioni, e ancora le sole private, sono da tale paragrafo contemplate;

b) che le sole fondazioni autonome, e cioè costituenti una vera persona giuridica, sono ivi considerate, non essendosi il Codice occupato *ex professo* delle fondazioni non autonome, e cioè dei legati *sub modo* o *cum onere*;

c) che per le fondazioni familiari la Legge introduttiva prussiana mantenne espressamente in vigore l'antico diritto locale, che rimane pertanto il Diritto territoriale prussiano;

d) che al diritto particolare dei vari Stati è rilasciato quanto si attiene alla procedura della trasformazione.

Alla completezza e direi quasi esuberanza legislativa germanica su questo argomento fa singolare contrasto nel diritto tedesco del secolo XIX e anche nell'odierno la deficienza, anzi il silenzio assoluto della dottrina. Ad eccezione degli accenni del GIERKE e di quell'altro poco, che menzionammo e che si riscontra in pochi trattati generali, nulla si ha. Nella intiera letteratura germanica del secolo XIX e del presente non mi è riescito di trovare, non dico un libro, ma semplicemente un articolo in modo particolare dedicato a studiare sotto un qualunque aspetto, o storico, o filosofico, o dogmatico, il gravissimo argomento[1]. Quanto lontani dal vivacissimo dibattito letterario della seconda metà del secolo XVIII!

Orbene, del singolare fenomeno le ragioni sono queste.

Il Diritto germanico ha dato in una esagerazione precisamente inversa, a quella, in cui, come dicemmo, è incappato il francese. Come questo dal principio del secolo XIX in poi non vide più nella fondazione se non la figura del legato *sub modo* o *cum onere*, e preterì anzi respinse l'altra figura della fondazione = persona giuridica; così, inversamente, il germanico si appuntò esclusivamente in questo secondo aspetto e volse lo sguardo dall'altro. La figura del legato *sub modo* o *cum onere* smarrì pertanto ogni individuazione propria, e si venne a confondere con altre generali categorie giuridiche: donazioni, testamenti, contratti a favore di terzi, ecc. Certo

[1]) Lo scritto del GRADENWITZ *Der Wille des Stifters*, nella pubblicazione: *Zur Erinnerung an I. Kant*, fatta dalla Università di Königsberg nel centenario della morte di lui, Halle 1904, pp. 179 sgg., per quanto prezioso, non è però se non la illustrazione di una tirata del sommo filosofo contro le fondazioni.

è che il Codice non ne fa esplicita e specifica menzione. Certo è pure che questa manchevolezza è stata energicamente lamentata da autorevolissima fonte, dal KOHLER[1]. E ben a ragione, secondo noi; perchè più cose nocive ne sono derivate.

In primo luogo, che la scienza germanica ha perduto completamente di vista il punto di appoggio storico-dogmatico del § 87, che non può assolutamente riscontrarsi nell'antica dottrina della *Innovatio beneficiorum*, ma unicamente in quella della *Commutatio ultimarum voluntatum*. E che questo e non quell'altro dogma giuridico abbia ad invocarsi, quando si discorra dei precedenti storici e dei fattori del § 87, è incontrovertibilmente dimostrato da due rilievi: primo, dalla identità della materia disciplinata, che è tanto nel detto paragrafo quanto nel dogma della *commutatio* quella delle fondazioni private, laddove l'altro dogma, ripetiamo, si riferisce alle persone giuridiche del diritto pubblico; secondo, dalla identità dei testi su cui l'attuale trasformazione delle fondazioni e l'antica commutazione delle ultime volontà, da cui esse derivavano, hanno, o rispettivamente, ebbero il loro fondamento.

Tale è il caso, ad esempio, del Diritto territoriale prussiano, il quale non solo è rimasto in vigore fino alla promulgazione del Codice civile dell'Impero, e cioè fino ad un epoca, in cui di commutazioni di volontà più non si parlava, e solo si ammettevano le trasformazioni di fondazioni; ma fu pur tuttavia dal Codice civile rispettato, come dicemmo, per determinate categorie di fondazioni. Ora questo testo legislativo rimonta ad un'epoca, in cui indubbiamente dominava in modo esclusivo nella materia il dogma della *Commutatio ultimarum voluntatum*. Cosicchè si avvera qui il caso non frequente ed elegante, che un testo medesimo abbia servito attraverso i secoli di base a due costruzioni teoriche affatto differenti. E lo stesso potrebbe forse farsi vedere anche per alcuni altri fra i Diritti territoriali germanici, mantenuti essi pure in vigore, come dicemmo, per rispetto alla procedura delle trasformazioni, ed essi pure materiati di elementi e di concetti tutti proprii ancora dell'antico dogma del diritto comune.

Questa deviazione di visuale scientifica ha poi generato alla sua volta alcune gravi mende nel sistema del Codice civile dell'Impero. E in primo luogo la ristrettezza e quasi la timidità di formulazione del disposto del § 87, che contrasta così appieno col disposto dei diritti particolari, e più ancora con la tradizione del

---

[1]) KOHLER *Über Stiftungen*, p. 291 sg.

diritto comune in materia di commutazioni di ultima volontà, tanto più comprensiva e tanto più coraggiosa. E anche questa ristrettezza e questa timidità del codice furono a buon diritto e da autorevole fonte lamentate[1]. E in secondo luogo il scemato contenuto di tale paragrafo, che è stato si può quasi dire ridotto a metà di contro a quello dell'antico dogma della commutazione. Questa invero, come mostrammo, comprendeva ogni maniera di fondazioni, così cioè quelle che costituivano enti autonomi come quelle che formavano semplici legati modali. Taciuta questa seconda specie, come si è detto, dal codice, essa è sfuggita pienamente alla disciplina dell'eventuale trasformazione. Ora, se per tutto il resto, che a questa particolare figura giuridica si attiene, il codice stesso ha potuto senza grave danno pratico rimettersi, siccome è stato detto, alle norme generali delle donazioni, dei testamenti, dei contratti a favore dei terzi ecc.; altrettanto non può dirsi invece per rispetto alla trasformazione, del quale principio non è assolutamente possibile concepire una applicazione per analogia anche ai semplici legati modali.

E che a questo riguardo una lacuna veramente ci sia nel Codice civile germanico, lo dimostra all'evidenza il nuovo Codice civile svizzero, approvato il 10 dicembre 1907 e che andrà in vigore il 1° Gennaio 1912; il quale, se in materia di fondazioni cammina in genere sulle traccie del tedesco, in fatto di trasformazione se ne sa però, e molto accortamente, scostare. Il legislatore svizzero, giova notarlo qui di passata, trovava nell'anteriore diritto particolare di alcuni Cantoni una tradizione legislativa sua propria, e tutta quanta favorevole alla trasformazione delle fondazioni[2]. Orbene, nel dare a questo principio la sanzione federale del Codice, esso scrisse bensì nell'art. 86 una disposizione analoga a quella del § 87 tedesco, cioè ordinò anch'esso che le fondazioni autonome potessero essere in determinati casi trasformate, ma poi vi aggiunse un comma così concepito: „Possono essere modificati alla stessa maniera e nelle medesime circostanze gli oneri e le condizioni che compromettono il fine del fondatore". Concediamo pure che il disposto avvisi es-

---

1) Eck *Vorträge über das Recht des bürgerl. Gesetzbuchs*, I, Berlin 1903, § 22, p. 92.

2) Huber *System und Geschichte des Schweiz. Privatrecht*, Basel 1886, I, p. 175 sg.; Hürlimann *Die Stiftungen. Ihre Behandlung im zukünftigen Schweiz. Zivilgesetzbuch*, Borna-Leipzig 1907, p. 115 sgg.; Gmür *Commentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch*, I, Bern 1910, p. 268 sg.; Gamboni *La fondation*, p. 150 sgg.; Rossel e Mentha *Manuel du Droit civil suisse*, I, Lausanne-Paris 1910, p. 152 sgg.

senzialmente l'onere o la condizione, imposti dallo stesso creatore della fondazione, e non già in via principale il legato *sub modo* o *cum onere*, che gravi sopra una fondazione preesistente, e cioè derivante da un altro fondatore. Ma è di tutta evidenza che esso potrà, senza far violenza allo spirito ed alla lettera della legge, anzi ad essi inspirandosi, abbracciare agevolmente anche questo caso.

IX

La storia giuridica delle altre nazioni europee consiste, durante il secolo XIX, se si guarda la materia delle fondazioni, in un contrasto di influenza fra le due nazioni egemoniche, e cioè fra la legislazione francese, impostasi o presa a modello dall'epoca napoleonica, e la dottrina germanica, che, grazie massimamente all'opera del Savigny, ha corso trionfalmente il mondo. Il trionfo degli insegnamenti tedeschi fu agevolato anche dal fatto, che essi rappresentavano per molta parte una riviviscenza delle secolari tradizioni giuridiche nazionali, che l'opera della Codificazione aveva malamente stroncato.

Il conflitto fu più o meno intenso a seconda dei paesi.

Minimo, per non dire quasi nullo, in Austria, ove, se pure il Codice del 1811 sfiorò appena l'argomento delle fondazioni (§§ 646, 849) e nulla affatto disse poi della loro trasformazione, se pur tuttavia manca, e vi si invoca, una legislazione sulle fondazioni, meno frammentaria dell'attuale[1], sono rimaste però in vita le tradizioni amministrative dell'epoca teresiana e giuseppina, delle quali il detto § 646 del Codice riserva esplicitamente l'efficacia; onde in fatto di trasformazione di fondazioni si potè senza contrasti e con profitto provvedere mediante ordinanze e decreti di corte, fra cui precipuo quello del 21 maggio 1841[2].

Minima del pari, a quanto sembra, in Spagna, ove il Codice civile, riannodandosi al disopra delle imitazioni francesi, allo svolgimento del diritto comune, ha potuto accogliere in tutta l'antica estensione l'insegnamento di esso. E poichè in fatto di pie cause nessuna distinzione si faceva se esse avessero forma di corporazioni o di fondazioni, così e delle une e delle altre si stabilì nell'art. 39 la trasformabilità[3].

---

[1]) von Herrnritt Op. cit., p. V. [2]) von Herrnritt Op. cit., pp. 3, 91, 196.

[3]) A proposito del Codice spagnolo in altra mia scrittura (*Trasformazione di persone giuridiche e Commutazione di ultime volontà nell' art. 91 della legge sulle opere pie*, in „Rivista di diritto civile", I, 1909, pp. 630—670) fui tratto in errore da un imperdonabile sbaglio della traduzione francese di detto codice

Massimo invece fu quel conflitto nel Belgio, ove la questione delle fondazioni, acerbamente dibattutasi fra il partito liberale che si aggrappa all'indirizzo assolutista ed annichilatore francese per inceppare l'azione dei cattolici [1], e il partito cattolico, che fa sfoggio di ammirazione per la liberale dottrina germanica così calzante ai suoi fini, si può dire abbia formato il perno di tutta la storia parlamentare del secolo [2]. La lotta si accanì massimamente intorno alle fondazioni scolastiche, per le quali un certo diritto di mutazione era già riconosciuto dal decreto del 26 dicembre 1818 di Guglielmo II [3], e che la legge del 19 dicembre 1864, art. 45, sottopose a profonde trasformazioni [4]. Molto significante è, per restringerci a quest'ultimo istituto della trasformazione, che da parte dei medesimi cattolici, così infervorati a propugnare la più larga libertà delle fondazioni, si scriva però: „Les plus résolus partisans de la liberté de fonder reconnaissent spontanément à l'Etat le droit de contrôler, et, en cas de nécessité, de *modifier*, de supprimer les oeuvres, qu'il aurait promis de perpétuer" [5]. È vero poi che dalla stessa fonte si dà ai fondatori il prudente consiglio di lasciare molta larghezza ai futuri amministratori dei loro beni e di provvedere essi stessi all'eventualità di una necessaria trasformazione in caso di impossibilità di adempimento ulteriore, onde evitare l'intervento dello Stato [6], ma questo non infirma punto la portata del principio.

L'Olanda e l'Italia presentano una somiglianza di condizioni giuridiche proprio singolare. Comune la loro soggezione al Codice

---

del Levé, Paris 1890, p. 10, ove all'art. 39 sono menzionate le sole corporazioni, mentre il testo spagnuolo parla anche là di tutte in genere le persone giuridiche, ed esplicitamente anche delle fondazioni.

[1]) Sul dominio delle idee unilaterali francesi nel Belgio, cfr. VAUTHIER *Etudes sur les personnes morales dans le droit rom. et dans le droit français*, Bruxelles-Paris 1887, p. 338.

[2]) È curioso rilevare come le stesse preoccupazioni politiche abbiano indotto per contro il partito cattolico a propugnare, in fatto di associazioni, una dottrina alla sua volta annichilatrice dell'istituto della personalità giuridica, come appare dai noti lavori del Van den Heuvel, del De Vareilles Sommières e di altri. Cfr. FERRARA Op. cit., p. 103, n. 1.

[3]) MÜLLER Op. cit., p. 90 sg.

[4]) MÜLLER Op. cit., p. 243 sgg.; LUZZATTI *Lo Stato e la Chiesa nel Belgio*, Milano 1867, p. 40 sgg., p. 84 sgg.

[5]) MÜLLER Op. cit., p. 253. Oltre l'opera di questo gesuita, preziosa per copia di dati e notevole per misura nella discussione, è da vedere il lavoro di un altro gesuita: VERMEERSCH *Le Belge et la personne civile*, Bruxelles 1908.

[6]) MÜLLER Op. cit., p. 255, n. 2; nello stesso senso anche CHEVALLIER Op. cit., p. 82, senza però nessuna punta confessionistica.

francese al principio del secolo XIX; ma pari la loro premura nel darsi, caduta quella dominazione, dei codici proprii, sia pure ricalcati sul Napoleonico. Singolarmente consonante la terminologia dei due Codici in fatto di persone giuridiche, che entrambi designano quali corpi morali (Cod. oland. art. 1090, Cod. ital. art. 2), identico il loro non includervi le fondazioni, e il non trattare di queste se non superficialmente e quasi per incidenza (Cod. oland. art. 421, Cod. ital. art. 833, 1075); ma perfettamente uguali in entrambi i paesi — a differenza della Francia e del Belgio — il risultato ultimo: riconoscimento della fondazione non solamente sotto l'aspetto di legato modale ma sotto quello di persona giuridica [1].

La tradizione francese pesa però tuttavia così sull'uno come sull'altro paese, sopra tutto per ciò, che, dopo il naufragio del dogma del diritto comune della commutazione delle ultime volontà, nessun testo generale si ha più a tale riguardo. I nuovi codici hanno seguito in ciò le traccie del francese; vale a dire, hanno taciuto.

E a questo riguardo particolarmente limitate sembrano essere le facoltà che in via amministrativa si riconoscono in Olanda ai pubblici poteri [2]; nè la progettata riforma legislativa in argomento di fondazioni mostra di volersi spingere in quel paese oltre una possibile riforma da parte della autorità delle amministrazioni delle fondazioni, e non già dello stesso fine di esse: forse perchè il progetto relativo vorrebbe non riconoscere alla fondazione la perpetuità, ma solamente una concessione di vita per 60 anni, rinnovabile però per altrettanto [3].

In Italia si è andati più innanzi [4].

Non già che sia per ora molto vicina una riforma del Codice civile, che colmi il suo silenzio in fatto di trasformazioni. Non già che sia anche solo in embrione presso di noi una legge generale

---

[1]) van Tricht *De rechtstoestand der stichtingen,* Leiden 1884, pp. 21, 136; Biebuyck *Le régime légal de la personnification civile en Hollande: les associations sans but lucratif et les fondations,* Ypres 1905, p. 90 sgg., p. 111. E quanto all' Italia: Giorgi *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali,* I, 2. ed., Firenze 1899, n. 37 sgg., p. 108 sgg.; n. 89, p. 223 sgg.

[2]) Biebuyck Op. cit., p. 124. [3]) Biebuyck Op. cit., p. 194 sgg.

[4]) Si sono citate e in Italia (p. e. Giorgi Op. cit., I, n. 206, p. 567) e all'estero (p. e. Tronquoy Op. cit., p. 195), come suffraganti il principio della trasformazione le leggi italiane 7 luglio 1866, 15 agosto 1867, 19 giugno 1873, e cioè le cosiddette leggi di ammortizzazione od eversive dell'asse ecclesiastico. Ma qui bisogna andare un po' a rilento, e distinguere; perchè tali leggi, pur avendo decretata qualche trasformazione, in genere però han fatto ben più, hanno cioè decretata la soppressione degli enti ecclesiastici.

delle fondazioni. Ma almeno una legge sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, molto comprensiva, si ebbe il 17 luglio 1890; e una nuova legge, anche più ardita, vi si aggiunse il 18 luglio 1904[1].

Quanto però pesasse sopra di noi l'influenza francese, la quale ebbe nella prima metà del secolo passato alleati al suo silenzio, in materia di trasformazioni di persone giuridiche, il tramonto del dispotismo paterno degli antichi regimi, i quali tenevano sotto la loro protezione particolare le pie cause, bisognose quali eterni minorenni di una continua azione non solamente di tutela ma di correzione e di integrazione, e insieme l'esagerato individualismo dottrinario di quell'epoca, è dimostrato dal fatto, che ci volle tutta la autoritaria energia di Francesco Crispi, perchè si riuscisse a qualche risultato là, dove aveva invece naufragato Marco Minghetti; vale a dire, perchè approdassero le trasformazioni ordinate nel campo degli istituti di beneficenza dall'art. 70 della legge citata del 1890 e nel campo di alcuni istituti ecclesiastici e religiosi dagli articoli 90 e, specie, 91 della medesima legge[2].

Il detto art. 91 andò anche più innanzi. Non solamente ordinò la trasformazione di fondazioni, ma ancora di vere corporazioni, quali sono le confraternite. Di più: esso ordinò non solamente la trasformazione di persone giuridiche autonome, ma la commutazione di semplici atti di ultima volontà, vale a dire di semplici lasciti di culto, aventi forma di legati *sub modo* o *cum onere*, vale a dire di legati non costituenti un ente autonomo; perchè se tali essi fossero stati, sarebbero incorsi, non nella trasformazione, ma addirittura nella soppressione ordinata da altre leggi anteriori[3].

Ora è da notare che durante la discussione della legge del 17 Luglio 1890 fu dai sostenitori della facoltà dello Stato di trasformare le opere pie invocato esplicitamente e risolutamente l'antico dogma del diritto comune della *Commutatio ultimarum volunta-*

---

[1]) Per contro un progetto del ministro Gianturco, riguardante le fondazioni e i lasciti in favore della pubblica istruzione, presentato al Senato il 6 aprile 1897, non ebbe seguito. Cfr. Saredo *Vicende legislative della pubblica istruzione in Italia dall'anno 1859 al 1899,* Torino 1901, p. 556 sgg. Su di esso Fadda *Il progetto di legge sulle fondazioni in favore della p. istruzione,* nel „Filangieri", XXII, pp. 676, 753.

[2]) La formulazione di questi articoli della legge nostra ebbe la piena lode del von Herrnritt Op. cit., § 47, n. 4, p. 204, che chiama questa *eine rühmliche Ausnahme* di contro alla ristrettezza di altre leggi, e in particolare del § 87 del Codice civile germanico.

[3]) Questo ho messo in rilievo nel succitato lavoro: *La trasformazione* p. 651.

tum[1]. È da notare ancora che da quel momento in poi la menzione di esso dogma, dei testi che lo sancirono, e della letteratura che lo illustrò, ricorre in tutti i commentatori di quella legge[2]; e che ad esso si rifanno anche i nostri trattatisti pratici della materia delle persone giuridiche[3]. La letteratura italiana è pertanto forse la sola, presso la quale l'antico dogma del diritto comune abbia trovato modo di tornare a galla e di riprendere quel posto che meritamente gli spetta.

Anzi da noi, a dire il vero, se ne è esagerata perfino l'importanza; e ciò a tutto detrimento di quell'altro insegnamento gemello della *Innovatio beneficiorum.*

Il Giorgi, ad es., parlando nella parte generale del suo trattato della potestà dello Stato di trasformare le persone giuridiche, senza distinguere tra enti di diritto pubblico ed enti di diritto privato, e propugnando energicamente la sussistenza di tale facoltà, pur nell'assenza di testi generali ed espliciti del nostro diritto scritto e codificato, invoca semplicemente l'autorità del dogma della *commutatio*, e si fa forte di ampi e frequenti richiami alle succitate monografie del Moneta e dello Stryck[4]. Ora è evidente che, comprendendo poi la sua trattazione anche le provincie, i comuni ecc. e cioè gli enti che fanno parte della organizzazione giuridica statuale, non a quel principio egli avrebbe dovuto riferirsi, ma bensì a quello della *innovatio beneficiorum*, se voleva trarre dal diritto antico autorevole appoggio e conforto di dottrina alla sua tesi.

Meglio informati altri autori hanno invece, anche in Italia, seguito l'impulso del Gierke, ed hanno battuto la sua stessa via, invocando in materia di corpi territoriali, facenti parte dell'organizzazione dello Stato, l'insegnamento del diritto canonico, che fa veramente a tale caso[5].

X

Due parole di conclusione.

Oltre a quegli svariati intenti, che io ho enunciati nel primo paragrafo, stimo che da questo mio studio un altro ancora, e forse

[1]) Durante la discussione parlamentare deciso e preciso in questo senso fu sopra tutti il Bonacci; *Atti parlamentari, Camera*, Legisl. XVI, *Discussioni* 11 dic., p. 332 sgg.

[2]) Luchini *Le istituzioni di pubblica beneficenza nella legge italiana,* Firenze 1894, § 993, p. 779 sgg.

[3]) Giorgi Op. cit., I, n. 203, p. 501; V, 2. ed. Firenze 1901, n. 169, p. 325 sgg.

[4]) Giorgi Op. cit., I, n. 203, p. 501, nota 2.

[5]) P. e., Brondi *Teoria delle unioni e divisioni comunali,* in „Riv. it. per le scienze giur.", XXVII, 1899, p. 150 sgg.; XXIX, 1900, p. 46 sgg.

ad essi superiore, sia stato raggiunto; quello di segnalare l'importanza capitale che il momento o il principio della trasformazione ha per tutta quanta la questione del riconoscimento o non delle fondazioni private. Non credo di esagerare affermando anzi che, date le particolari condizioni sociali, giuridiche e spirituali del nostro tempo, quello della trasformabilità delle fondazioni da parte dello Stato è veramente il *punctum pruriens* di tutta la formidabile controversia. E ciò, perchè esso è veramente il punto, in cui avviene il più grave cozzo fra le correnti individualistiche da una parte e le correnti statuali o sociali, dall'altra [1].

E io mi lusingo del pari che da questi accenni, pure affrettati, un'idea però rampolli, che il requisito o il correttivo che dir si voglia della loro trasformabilità è diventato una necessità imprescindibile per la vita medesima delle fondazioni. A proposito delle quali, se a qualche risultato veramente utile, veramente scientifico, veramente equo si vorrà arrivare, bisognerà che a coloro, i quali invocano pur tuttavia contro di esse o la corrosiva ironia dello Swift, o l'antipatia del Kant, o le celebri, macabre parole, con cui il Turgot finiva il suo articolo: „Si tous les hommes qui ont vécu avaient eu un tombeau, il aurait bien fallu, pour trouver des terres à cultiver, renverser ces monuments stériles et remuer les cendres des morts pour nourrir les vivants"; non ci si contenti più da parte degli avversari di opporre le parole del Taine: „Les morts ont des droits dans la société, comme les vivants: car cette société dont jouissent les vivants, ce sont les morts qui l'on faite, et nous ne recevons leur héritage qu'à condition d'exécuter leur testament" [2]; ma si dia per intiero [3], profondamente meditandola, la citazione di tale autore, tutt'altro che sospetto, il quale soggiungeva: „Sans doute, quand ce testament est très ancien, il faut l'interpréter largement, suppléer à ses prévisions trop courtes . . . . Parfois les besoins auxquels il pourvoyait ont disparu . . . . . *et une fondation ne se perpétue qu'en se transformant*" [4].

---

[1]) Solari *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Parte I, Torino 1911, p. 225 sgg.

[2]) Così, pur senza intenti confessionistici, Geouffre de Lapradelle Op. cit., p. 2, n. 1; Tronquoy Op. cit., p. 32, n. 2; Chevallier Op. cit., p. 100 ecc.

[3]) Così ha fatto il Coquet Op. cit., p. 35, n. 3.

[4]) Taine *Les Origines de la France contemporaine: La Révolution*, I, 22 éd. Paris 1899, p. 260 sg.